

O DIREITO À IMPENHORABILIDADE E A NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Max Möller*

A história constitucional brasileira registra um passado de desconsideração com questões constitucionais, cujas normas nunca deixaram de ser meros afrescos nas Cartas Políticas. O respeito e acatamento aos textos constitucionais sempre teve no caso nacional papel quase que irrelevante. Talvez pela falta de uma técnica jurídica apta a lidar com dispositivos de natureza diversa das regras simples onde aplicada a mera subsunção dos fatos à norma, assim como por um desinteresse evidente em cumprir as “promessas” constitucionais.

Com a Constituição Federal de 1988, embora somente depois de um processo de amadurecimento, passou-se a ter a efetividade das normas constitucionais como ponto crucial da guinada no modo de fazer política e respeitar o direito posto. É sobre estas bases que teve início um movimento que busca interpretar todo o ordenamento de forma sistêmica, tendo a Constituição como a lente que permite visualizar mais corretamente as demais normas. Esse momento, definido como pós-positivismo, caracteriza-se por uma técnica hermenêutica diferenciada, apta a conciliar ideais de segurança jurídica com questões valorativas – de moral e justiça – até então marginalizada pela técnica do positivismo. O pós-positivismo não se confunde com o utópico jusnaturalismo, porquanto fundado em parâmetros hermenêuticos estabelecidos, na teoria da argumentação. Todavia, na solução dos casos que transbordam as finalidades previstas pela regra, permite uma aplicação diferenciada da norma incidente diretamente sobre o fato.

No presente trabalho, buscar-se-á explicitar as bases de interpretação pós-positiva aclarando-as através da análise da regra de impenhorabilidade prevista no artigo 649 do Código de Processo Civil pátrio. Verificar-se-á que ao processo de subsunção pode implicar distorções que ofendem frontalmente questões de justiça e que, nestes casos, outros elementos ingressam no processo de interpretação.

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Antes de ingressar na análise específica do caso que este trabalho se propõe a tratar, convém uma breve passagem sobre conceitos e funções que as regras e princípios desempenham no ordenamento jurídico. Outrossim, tal reflexão é útil porquanto tais conceitos tem sido construídos quase que como dogmas, principalmente quanto à supremacia de um sobre o outro. Segundo descreve Luis Roberto Barroso com muita propriedade, as regras contêm disposições mais objetivas,

* Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

as quais tutelam especificamente determinadas situações. Os princípios, por sua vez, têm caráter mais aberto, abstrato, sendo dirigidos à coerência do sistema como um todo, e não a uma situação específica. Não existe hierarquia entre as regras e os princípios. Estes apenas atuam em momentos distintos¹.

Regras são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da *subsunção*: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. A aplicação de uma regra se opera na modalidade *tudo ou nada*: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Na hipótese do conflito entre duas regras, só uma delas será válida e irá prevalecer. *Princípios* por sua vez, contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Em uma ordem democrática, os princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante *ponderação*: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível. Sua aplicação, portanto, não será no esquema *tudo ou nada*, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato.²

Para a aplicação das regras, porque dirigidas a uma determinada situação, quase sempre é suficiente a subsunção³. Todavia, para que se possa agregar um mínimo de valor, de justiça, de moral, de razoabilidade, há ainda um outro teste pelo qual a regra subsumida aos fatos deve passar – o produto da subsunção da regra aos fatos (positivismo clássico – método subsuntivo) deve ser submetido aos princípios (pós-positivismo – nova interpretação constitucional).

No despertar para uma consciência da importância dos valores trazidos no ordenamento constitucional como vetores interpretativos e valorativos a serem seguidos – o que é característica fundamental do pós-positivismo – deixaram os intérpretes de isolar tão-somente uma norma ao caso, mas a considerar o conjunto de normas e valores incidentes sobre o caso concreto⁴. Todos esses valores,

¹ BARROSO, Luís Roberto. O Começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: _____ (org.). *A Nova Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 292.

² BARROSO, op. cit. p. 293

³ Segundo Ana Paula Barcelos, “A subsunção não tem instrumentos para produzir uma conclusão que seja capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes; a sua lógica tentará isolar um única norma para o caso.” In: BARCELOS, Ana Paula. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 55.

⁴ Os casos concretos são utilizados na solução dos chamados casos difíceis (do inglês *hard cases*). Segundo a definição de Wilson Steinmetz os casos rotineiros são aqueles que exigem um simples ou mera aplicação de normas jurídicas – os casos ocorrem em massa e as decisões são mecânicas, bastando a simples subsunção. Como exemplos o autor menciona a aplicação de multa de trânsito e a cobrança de títulos de crédito. Já os “casos difíceis ou duvidosos são aqueles cuja decisão normativa final não é alcançada com uma simples interpretação e aplicação de normas. Isto é, não são casos passíveis de solução pela mera e imediata observância das normas. A solução não é a consequência de um imediato enquadramento normativo. Não há uma única solução correta possível. Cogitam-se de alternativas. São situações que exigem complexas e refinadas técnicas de decisão. In: STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 67-68.

constitucionalmente previstos, devem ser considerados em razão da inexistência de hierarquia entre eles e do princípio da unidade da Constituição. Ocorre que, diversamente do entendimento anterior, também as normas infraconstitucionais participam dessa possibilidade de ponderação e análise valorativa.

Deve-se ter como pressuposto lógico, ao trabalharmos o conceito de direito como sistema normativo, que toda a norma infraconstitucional tem não só a sua base de validade (formal e material) na norma constitucional, mas também expressa um suporte lógico e axiológico fundado no ordenamento constitucional. E é exatamente este suporte lógico e axiológico consistente na finalidade da norma e o bem jurídico que ela visa tutelar, assim como o resultado da sua subsunção ao caso concreto, que deverão estar de acordo com os valores constitucionalmente tutelados. A dissonância entre a finalidade da norma e o resultado de sua aplicação no caso concreto pode afastar a aplicabilidade dessa norma, assim como os resultados produzidos por esta podem ser objeto de ponderação, de acordo com os valores constitucionalmente protegidos.

Ao método subsuntivo simples, próprio do sistema positivo clássico, são agregadas novas fases de interpretação e uma forte carga valorativa. Exatamente por agregar tais valores e ponderações o processo interpretativo pós-positivo constitui processo bem mais complexo, exigindo um conhecimento e um esforço mental maior da parte dos lidadores do direito. Todavia, agrega o bônus de trazer à aplicação da lei discussões sobre valor e justiça, ideais que o pensamento jurídico esteve órfão no último século. Trataremos, então, das fases desse processo interpretativo.

O PROCESSO DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E A REGRA DA IMPENHORABILIDADE – ANÁLISE DE UM CASO CONCRETO

O presente estudo tem por objeto uma regra, perfeitamente válida em abstrato, que gera a inconstitucionalidade quando aplicada em concreto ou, também, na hipótese em que o comportamento descrito pela regra e concretamente analisado viola o próprio fim que a norma deseja tutelar. De acordo com o novo sistema de interpretação fundado na Constituição, impõe-se agregar ao processo interpretativo questões referentes a valores, justiça e equidade. Todavia, não se pode permitir que fique o sistema jurídico à mercê do intérprete. Se a Constituição Federal prevê limites aos Poderes Executivo e Legislativo não há, como adverte Ana Paula Barcelos, razão alguma para supor que o intérprete, principalmente o judicial, não tenderia a utilizar tão amplos poderes de forma abusiva e arbitrária⁵. Necessária, portanto, a construção de parâmetros para uma interpretação constitucional segura.

Os parâmetros que se passa a discutir não pretendem funcionar como elementos rígidos e imutáveis, mas como preferências ou parâmetros preferenciais. Ao modo das presunções, tais parâmetros devem ser observados regularmente pelo intérprete. Entretanto, não estará ele radicalmente impedido de afastá-los em um caso concreto, por razões extremamente particulares que sejam capazes de ilidir a presunção

contida nos parâmetros. Nessas circunstâncias, que muitas vezes veiculam até mesmo situações inevitáveis de ruptura do sistema, como se verá adiante, o intérprete carregará o ônus especialmente reforçado da motivação. Caberá a ele demonstrar, de forma analítica, porque se está afastando de tais parâmetros⁶.

É, portanto, em razão deste referencial teórico, que se faz possível a elaboração de parâmetros de interpretação, os quais constituem ponto de partida para o processo de interpretação constitucional aqui tratado. Estes parâmetros, como se verá adiante, ainda sofrem um novo processo de adequação à situação concreta.

AS REGRAS TÊM PREFERÊNCIA SOBRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Essa assertiva, embora possa parecer contrária à teoria geral de interpretação, tem sólida fundamentação. Primeiro, é preciso que se considere este parâmetro como um primeiro momento num processo interpretativo complexo. Parte-se do pressuposto de que as regras não foram feitas para ser ponderadas⁷ - sua aplicação funciona no modelo do “tudo ou nada”⁸, ou seja, sua ponderação implicará na sua não aplicação, seu afastamento, à negativa de vigência. Não é este, então, o momento de utilização da ponderação, mas o momento de buscar a regra adequada ao caso concreto. A regra é a prevalência da regra – salvo quando confrontante com o núcleo do princípio.

Os princípios possuem, pois, *pretensão* de complementaridade, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão. *Os princípios são, pois, normas com pretensão de complementaridade e de parcialidade.*

As regras possuem, em vez disso, pretensão terminativa, na medida em que, sobre pretenderem abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, têm a pretensão de gerar uma solução específica para a questão. O preenchimento das condições de aplicabilidade é a própria razão de aplicação das regras. *As regras são, pois, normas preliminarmente decisivas e abarcentes.*⁹

Passa-se, então, ao caso a ser analisado no presente estudo. Trata-se de um caso singelo de execução. A simplicidade aparente, de fácil aplicação ao método subsuntivo, poderá, tendo em vista a situação particular das partes ser complicada. O caso proposto consiste em processo de execução de um contrato de empreitada realizada por um sujeito determinado, chamado Credor, que foi contratado para

⁵ BARCELOS, op. cit. p. 68

⁶ BARCELOS, op. cit. p. 69

⁷ Embora isso seja perfeitamente possível.

⁸ Conforme clássica denominação conferida por Ronald Dworkin.

⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

executar reformas na residência de outro sujeito determinado, ao qual chamaremos Devedor. O contrato teve por objeto o aumento da área da casa e a construção de uma lareira na residência do Devedor, que se obrigou a pagar ao Credor a importância de 20 mil reais. O Credor, por sua conta e risco, realizou investimentos na aquisição de materiais de construção num total de 10 mil reais. Contratou empregado cujos custos, incluídos encargos sociais recolhidos, alcançaram a importância de 3 mil reais. Calculada a carga tributária incidente sobre a nota do serviço este custo somou mais 2,5 mil reais. Sobrou-lhe, assim, a expectativa de remuneração pelo serviço – executado manualmente junto com seu empregado – no montante de 3,5 mil reais. Apenas para referir, a duração do serviço durou 30 dias.

Concluído o contrato o Credor apresentou a nota ao Devedor exigindo-lhe a quantia contratada, tendo o segundo alegado uma momentânea impossibilidade financeira para efetuar o pagamento. Concedido o prazo de mais 15 dias, que implicou numa renegociação do Credor com seus devedores (dos quais adquiriu o material e seu empregado), passou a ter dificuldades em contatar o Devedor. Após 45 dias de expectativas frustradas, decidiu procurar aconselhamento de um advogado. O então procurador tentou contatar o Devedor, recebendo a notícia de que este não teria condições de efetuar o pagamento. Ingressou, assim, o diligente procurador com ação de execução do contrato de empreitada. Após pesquisar bens em nome do Devedor executado, o único bem encontrado foi a residência deste, onde residia com a esposa e dois filhos. Outrossim, foi verificado que este possuía uma conta bancária na qual movimentava seus vencimentos, que importavam em 6 mil reais mensais, não havendo qualquer aplicação. O automóvel que possuía o executado estavam nome da esposa, com a qual era casado em regime de separação total de bens.

A ESTRUTURA DO PRINCÍPIO

Considerando a estrutura de um princípio como dois círculos concêntricos, é possível visualizar no círculo menor o seu núcleo – o ponto onde está a sua essência. No espaço entre o círculo menor e o maior encontra-se o espaço de ponderação e de deliberação política. Em relação a este último há especial dificuldade no seu trato judicial, porquanto a ausência de parâmetros possibilita privilegiar a opinião do intérprete em relação a toda a maioria legitimamente constituída representada nos Poderes Legislativo e Executivo.

Os princípios, para além de seu núcleo, estabelecem as fronteiras de um largo campo de atuação possível, dentro de cujos limites as opções políticas podem ser consideradas legítimas. As regras correspondem exatamente a decisões políticas específicas, de efeitos determinados, já tomados no interior de tais fronteiras.

Em suma: seja porque essa é a consequência natural das diferenças estruturais entre princípios e regras, seja porque, considerando o contexto constitucional, as duas espécies normativas desempenham funções diferentes, o primeiro parâmetro que deve orientar a ponderação

significa que a regra deve ter preferência em face dos princípios. Assim, diante de um conflito insuperável entre regra e princípio que demande a ponderação de um dos elementos em choque, a regra constitucional (aqui incluído, repita-se, o núcleo dos princípios) deve ser preservada e o princípio comprimido.¹⁰

É possível concluir, nesse ponto, que as regras poderão, sim, restringir princípios. Estas restrições serão admitidas tão-somente até o momento em que não alcancem o núcleo do princípio – a partir daí não é admitida a restrição. Todavia, definida a forma da averiguação da regra e do princípio, importante destacar que tal fato não se dá apenas no plano abstrato – mas, posteriormente, também no concreto.

PONDERAÇÃO EM ABSTRATO E EM CONCRETO

Como antes destacado, a primeira etapa interpretativa é o momento de identificar qual a regra aplicável ao caso concreto. Isolada a regra que será subsumida aos fatos, é providência automática conferir a aplicabilidade da regra em abstrato, através do controle de sua constitucionalidade. Para isso, necessário reunir os princípios que sustentam a função axiológica da regra e os que lhe são contrários ou diversos. Após agrupados, verifica-se, a partir da idéia de princípios como círculos concêntricos, se a regra não viola o núcleo central de algum deles, caso em que seria inválida. Passado por este teste, a regra é válida e aplicável em abstrato.

O problema surge, e nesse ponto destacam-se os casos difíceis, quando uma regra perfeitamente válida em abstrato mostra-se inconstitucional se considerada a sua repercussão no caso concreto.

Nesse caso, o exame em abstrato da regra, por considerá-la no seu aspecto objetivo, ordinário, não revela uma violação a um princípio constitucional. Todavia, considerando o caso concreto – que toma por elemento também a situação dos envolvidos e relações trazidas pelos sujeitos de direito – poderá demonstrar-se inconstitucional.

A regra é válida em abstrato, mas mesma sorte não lhe assiste no caso concreto. Conforme as palavras de Ana Paula Barcelos:

O órgão jurisdicional não estará declarando a inconstitucionalidade da regra – ao contrário: ele a considera constitucional -, porém, embora em abstrato o seu texto indicasse a incidência sobre o caso examinado, ele deixa de aplicá-la porque, naquele caso específico, em decorrência de sua ponderação com outras normas, a regra seria de alguma forma inválida, inconstitucional.

[. . .]

A conclusão a que se pode chegar, portanto, é a seguinte, é preciso reconhecer que há casos excepcionais, situações de ruptura, em que a aplicação da regra cria uma grave incompatibilidade com o sistema constitucional e, por isso, se admitirá a ponderação dos bens ou

¹⁰ BARCELOS. *Alguns parâmetros...* p. 82.

interesses que ela tutela de modo até mesmo a permitir a sua não aplicação em um caso concreto.¹¹

No caso concreto estudado é possível verificar claramente a aplicabilidade da regra que determina a impenhorabilidade. Tal regra visa a garantir um mínimo de dignidade ao executado, evitando que a sua ruína financeira atinja sua dignidade pessoal. Foi do interesse do legislador garantir um mínimo de condições para que o devedor arruinado patrimonialmente possua condições mínimas de sobrevivência, principalmente em relação à sua família. Visa a evitar um dano social e pessoal deste, que já caiu patrimonialmente em desgraça. A questão pode ser controvertida tão-somente no sentido de que impõe ao particular que suporte um custo social que, seria, ao fim e ao cabo, suportado pelo Estado em caso de necessidade de assistência do devedor¹².

Ocorre que, um caso que é exemplo evidente de caso simples, solucionável pela simples subsunção, pode transmutar-se em caso concreto, se considerada a situação pessoal das partes envolvidas.

No presente caso, convém verificar a situação patrimonial do Credor. O Credor não possui casa própria, mora de aluguel, uma vez que alienou todo o seu patrimônio no sonho de um empreendimento – abrir sua empresa. A empresa conta com apenas um empregado. Teve o Credor, pedreiro de profissão, que constituir empresa de modo a facilitar sua contratação, a fim de não configurar qualquer relação de emprego. De automóvel, possui uma Kombi, onde transporta os materiais. A empresa funciona nos fundos de sua residência, onde guarda suas ferramentas. Para a realização do serviço para Devedor, Credor utilizou-se de seu crédito junto às lojas de materiais de construção da cidade, contraindo em seu nome obrigações que montavam à época 10 mil reais. Como evidentemente sem crédito não tem as mínimas condições de trabalhar, Credor tem honrado os pagamentos de forma parcelada, com o total acrescido dos juros que elevam os 10 mil reais para 14 mil reais ao final dos pagamentos. Todo o lucro que obteria por um mês de serviços para Devedor já foi consumido nos juros do parcelamento do material de construção. Credor possui família, também com dois filhos, os quais esforça-se para conferir educação sem que precisem trabalhar em idade escolar. Os filhos estudam em escola pública. Sua esposa executa serviços domésticos e ainda contribui com serviços de limpeza que executa em outras residências.

De outro lado, Devedor possui como único bem a residência própria. A morada é de bom padrão, com 500 metros quadrados. Nela vive com sua esposa, que trabalha fora, auferindo renda de 5 mil reais mensais. Possuem dois filhos que estudam em escolas privadas. Devedor já desfrutou de boa posição econômica na

¹¹ BARCELOS. *Alguns parâmetros...* p.92.

¹² Todavia, parece que a fundamentação supra é a mais eufêmica, sendo a correta leitura dos motivos que levam à instituição de tal norma um agudo caráter patrimonialista que inspirou a criação da norma, principalmente aos falidos e aos devedores fiscais. Tal questão, no entanto, não vem ao caso. Adota-se a finalidade mais romântica porquanto mais benéfica ao devedor.

cidade. Sua empresa, todavia, faliu, deixando débitos fiscais de mais de 800 mil reais. Assim, foi salvo seu único bem das execuções pela aplicação do artigo 649 do CPC. Por essa razão não possui automóvel e é casado no regime de separação total de bens. Sua esposa, todavia, possui um bom automóvel, assim como o filho mais velho do casal. Devedor trabalha na firma de seu irmão, na qual auferе rendimentos de 8 mil reais mensais. Todo o valor é sacado pontualmente no dia 5 de cada mês, sendo zerada a conta. Viaja todo o ano. Não possui aplicações e, além dos 800 mil ao Fisco e os 20 mil a Credor, também não tem outros débitos.

Analisando a situação das partes envolvidas no processo, ficam evidentes algumas questões:

- a) a regra do artigo 649 do CPC, numa análise abstrata, é válida;
- b) incidindo sobre o caso concreto verifica-se que a incidência da regra irá permitir que um credor tenha frustrada a sua pretensão executiva em nome da defesa de garantias patrimoniais do devedor;
- c) no caso concreto também o dano causado pela aplicação da regra de proteção do devedor causará no credor forte abalo financeiro e moral, comprometendo graves aspectos de sua vida profissional e pessoal;
- d) os danos sociais e econômicos que serão gerados ao credor com a aplicação da norma são inegavelmente maiores que os causados ao devedor;
- e) a situação narrada tem características peculiares que diferem da regra geral;
- f) por uma análise do caso concreto pode-se verificar a presença de uma situação de injustiça manifesta, que não causa dúvidas no intérprete ou em qualquer leigo sobre a inconveniência moral de proteção de um devedor que se encontra patrimonialmente em situação evidente de supremacia sobre seu credor.

Deve, então, ser aplicada a regra que protege o patrimônio do Devedor?

INSERINDO ELEMENTOS DE EQUIDADE E JUSTIÇA NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Não obstante a dificuldade filosófica da definição de justo ou de injusto, é fato que em uma grande leva de relações deparam-se os operadores do direito com

¹³ A essa forma de interpretação com o afastamento de uma regra inválida chama Humberto Ávila de *interpretação dentro do razoável*, consistindo numa interpretação feita dentro de um senso comum. Segundo ao autor, referindo-se a casos difíceis como o tratado aqui, em alguns casos “a consequência estabelecida *prima facie* pela norma pode deixar de ser aplicada em face de razões substanciais consideradas pelo aplicador mediante condizente fundamentação, como superiores àquelas que justificam a própria regra. Ou se examina a razão que fundamenta a própria regra (*rule's purpose*) para compreender, restringindo ou ampliando, o conteúdo de sentido da hipótese normativa, ou se recorre a outras razões, baseadas em outras normas, para justificar o descumprimento daquela regra (*overruling*). Essas considerações bastam para demonstrar que não é adequado afirmar que as regras ‘possuem’ um modo absoluto ‘tudo ou nada’ de aplicação. Também as normas que aparentam indicar um modo incondicional de aplicação podem ser objeto de superação por razões não imaginadas pelo legislador para os casos normais. A consideração de circunstâncias concretas e individuais não diz respeito à estrutura das normas, mas à sua aplicação; tanto os princípios como as regras podem envolver a consideração de aspectos específico, abstratamente desconsiderados.” In: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.38-39.

casos de flagrante injustiça onde a solução injusta é a expressa na regra, bem como outros casos de absoluta justiça, onde o comando normativo é para que se desfaça a justiça. Longe do problema da definição, se é verdade que alguns casos encontram-se numa zona gris, onde a divisão do justo e do injusto é quase imperceptível, outros casos há em que a justiça é pintada em cores evidentes e a injustiça fosforece¹³.

Nestes casos, então, onde: a) a injustiça do produto da aplicação da regra é evidente e, b) o caso concreto traz elementos próprios que o diferenciam do geral; estar-se-á diante de um caso difícil.

Critérios de equidade e justiça, assim como a violação dos núcleos dos princípios constitucionais, podem, sim, levar ao afastamento da regra por inconstitucionalidade em relação ao caso concreto. Como já mencionava Aristóteles:

A razão é que toda lei é de ordem geral, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares. Nestes casos, então, em que é necessário estabelecer regras gerais, mas não é possível fazê-lo completamente, a lei leva em consideração a maioria dos casos, embora não ignore a possibilidade de falha decorrente desta circunstância e nem por isto a lei é menos correta, pois a falha não é da lei nem do legislador, e sim da natureza do caso particular, pois a natureza da conduta é essencialmente irregular. Quando a lei estabelece uma regra geral, então é correto, onde o legislador é omissos e falhou por excesso de simplificação, suprir a omissão, dizendo que o próprio legislador diria se estivesse presente, e o que teria incluído em sua lei se houvesse previsto o caso em questão. Por isto o equitativo é justo, e melhor que uma simples espécie de justiça, embora não seja melhor que a justiça irrestrita (mas é melhor que o erro oriundo da natureza irrestrita dos ditames). Então, o equitativo é, por sua natureza, uma correção da lei onde esta é omissa devido à sua generalidade. De fato, a lei não prevê todas as situações porque é impossível estabelecer uma lei a propósito de algumas delas, de tal forma que às vezes se torna necessário recorrer a um decreto. Com efeito, quando uma situação é indefinida a regra também tem de ser indefinida, como acontece com a régua de chumbo usada pelos construtores em Lesbos; a régua se adapta à forma de pedra e não é rígida, e o decreto se adapta aos fatos de maneira idêntica.

Agora podemos ver claramente a natureza do equitativo, e perceber que ele é justo e melhor que uma simples espécie de justiça. É igualmente óbvio, diante disto, que o vem a ser uma pessoa equitativa: quem escolhe e pratica atos equitativos e não se atém intransigentemente aos seus direitos, mas se contenta com receber menos do que lhe caberia, embora a lei esteja do seu lado, é uma pessoa equitativa, e esta disposição é a equidade, que é uma espécie de justiça e não uma disposição de alma diferente.¹⁴

Nessa mesma linha, a brilhante crítica de Barroso¹⁵ no sentido de que o positivismo filosófico foi fruto de uma crença exacerbada no poder do conhecimento científico. Isso, no âmbito jurídico, resultou numa crença de que se poderia prever

¹⁴ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômano*, Livro V. In: Os pensadores, 1996, p. 212-213, *apud* BARCELOS. *Alguns parâmetros...* p. 102-103.

¹⁵ BARROSO, *O Começo da História...* p. 290.

todos os casos possíveis, bem como a de que todos os casos submetidos à regra merecem a mesma solução. Tal pretensão, contudo, revelou-se equivocada.

CONTROLE NO CASO CONCRETO – CONSTITUCIONALIDADE NO CASO CONCRETO OU AFASTAMENTO DA REGRA POR PROCESSO DE EXCEÇÃO

Continuando no controle da constitucionalidade do caso concreto tem-se, então, a possibilidade de uma regra perfeitamente válida em abstrato, ao incidir sobre determinada situação fática, gerar efeitos totalmente indesejáveis¹⁶, porquanto a hipótese particular é substancialmente diversa das situações-tipo para as quais a regra foi planejada.

Conforme ensina Luís Roberto Barroso “há situações em que uma regra, perfeitamente válida em abstrato, poderá gerar uma inconstitucionalidade ao incidir em determinado ambiente ou, ainda, há hipóteses em que a adoção do comportamento descrito pela regra violará gravemente o próprio fim que ela busca alcançar”¹⁷.

Portanto, não é necessário que a regra seja conflitante com o núcleo de algum princípio para que seja afastada por inconstitucional. Uma regra poderá não ser aplicada nos casos em que a sua aplicação concreta confrontar o próprio fundamento para o qual foi criada ou violar critérios de justiça e equidade. A diferença está na forma como se trata esta norma no seu processo de aplicação, ou melhor, de não aplicação. No primeiro caso, quando contraria o núcleo de um princípio constitucional esta regra perderá o seu pressuposto de validade (através do controle do caso concreto). Nos casos seguintes, o intérprete caracterizará o caso como exceção, simplesmente deixando de aplicá-la ao caso concreto “em face de razões substanciais consideradas pelo aplicador mediante condizente fundamentação, como superiores àquelas que justificam a própria regra”¹⁸.

Voltando ao caso objeto - de Credor e Devedor, várias soluções se fazem possíveis ao intérprete que aprecia pedido de penhora da residência de Devedor pelo advogado de Credor no processo de execução.

A primeira e mais comum consiste em negar a penhora em razão de previsão expressa do artigo 649 do CPC. Outras, todavia, são possíveis. Poderia o intérprete, por exemplo, considerar que, diante da peculiaridade do caso concreto, inaplicável se faz o artigo 649 do CPC. Neste caso, é possível vislumbrar duas alternativas argumentativas que, em absoluto são excludentes uma da outra. Poderia o intérprete afastar a aplicabilidade do artigo 649 do CPC ante a sua inconstitucionalidade frente ao artigo 1º, IV, da Constituição Federal que eleva o valor social do trabalho como fundamento da República. Embora abstratamente constitucional, argumentaria o intérprete, a aplicação da regra de impenhorabilidade ao caso concreto, desconsiderou

¹⁶ Indesejáveis no sentido de que o padrão de decisão que produz traz consigo consequências e valores repudiadas como padrão objetivo de justiça.

¹⁷ BARROSO, op. cit., p. 297.

¹⁸ Conforme lição de Humberto Ávila constante da nota 12.

o trabalho honesto e digno executado pelo Credor. Ainda, a aplicação da regra para legitimar escusa executória inviabiliza o próprio futuro do negócio de Credor. Neste caso, não poderia o Estado-juiz contrariar os próprios fundamentos da República em nome da defesa de interesses patrimoniais de Devedor. A regra de impenhorabilidade, pelas consequências de sua incidência no caso concreto, causou consequências tais que ofendeu o núcleo de princípio constitucional, de maneira que este não mais pode ceder. Perdeu, portanto, seu substrato de validade.

Outra possibilidade ao intérprete seria considerar que a regra de impenhorabilidade tem por finalidade evitar um dano social maior ao já combatido Devedor, protegendo a sua dignidade e de sua família, bem como seu direito à moradia. Todavia, sua incidência no caso concreto irá certamente afetar a dignidade do Credor, de seu empregado, de sua família, assim como o direito à moradia de todos eles. A evidente possibilidade financeira do Devedor permite que ele tranqüilamente pague a dívida e, se assim não quiser, alugue imóvel se sua residência for vendida judicialmente. Dessa forma, a aplicação da regra de impenhorabilidade *confrontaria a sua própria finalidade*. Assim, julgando ser caso de exceção, o intérprete deixa de aplicá-la.

Em uma terceira hipótese de não aplicação o intérprete poderia fundamentar sua decisão na injustiça gerada pela subsunção simples. Poderá alegar que é evidente o abuso de direito de Devedor, que há limites ao individualismo, e que o direito não pode compactuar com a ruína de um trabalhador honesto e diligente para sustentar verdadeiro calote embasado em norma processual. Reconhece o caso como de exceção e afasta a regra de impenhorabilidade.

Nos casos de afastamento da regra de impenhorabilidade por ofensa à sua própria finalidade ou por violação a critérios de justiça e equidade, nada mais se está fazendo que um processo de ponderação. Ponderam-se as razões de aplicação incondicional da regra (segurança jurídica, por exemplo) com as razões de sua não aplicação (justiça, equidade, coerência)¹⁹. Disso resta evidente que também as regras podem ser ponderadas, não sendo este um processo exclusivo dos princípios. Conforme Humberto Ávila “a ponderação diz respeito tanto a princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui caráter provisório e poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto”.²⁰

¹⁹ “Isso significa – para o que aqui interessa – que é preciso ponderar a razão geradora da regra com as razões substanciais para seu não-cumprimento, diante de determinadas circunstâncias, com base na finalidade da própria regra ou em outros princípios. Para fazê-lo, porém, é preciso fundamentação que possa superar a importância das razões de autoridade que suportam o cumprimento incondicional da regra. Enfim, o traço distintivo das regras não é o modo absoluto de seu cumprimento. Seu traço distintivo é o modo como podem deixar de ser aplicadas integralmente – o que é algo diverso.” (ÁVILA, op. cit. p. 66). Veja-se que a diferença na ponderação das regras e dos princípios é que estes não passam por esta etapa – ponderação de razão de sua aplicação ou não-aplicação.

²⁰ ÁVILA, op. cit., p. 50.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COM PREFERÊNCIA SOBRE AS DEMAIS NORMAS – PARÂMETRO SEGUNDO

O que se coloca no presente caso é a necessidade de consideração dos direitos fundamentais como normas de maior importância na conformação do caso concreto, ante o afastamento ou não da regra que sobre ele incidia abstratamente ou mesmo na decisão sobre a constitucionalidade desta regra no caso concreto – que ocorre dentro de um processo de ponderação de aplicabilidade ou não da regra ou de princípios. Em suma, a tutela da dignidade humana deve ceder menos.

O ABSURDO NÃO É TÃO ABSURDO

Preocupados com o espanto que tais parâmetros de interpretação pode causar àqueles ainda não familiarizados com tal modo de interpretação constitucional, pode-se dizer que os precedentes envolvendo tal forma de interpretação possuem considerável número nos Tribunais. Todavia, infelizmente, talvez apenas a minoria deles mencione a lógica interpretativa utilizada. Outros talvez nem tenham consciência de ter utilizado lógica interpretativa, tendo cometido uma arbitrariedade, uma subversão que culminou em útil avanço a uma interpretação constitucional pós-positiva. É evidente que este é um cuidado essencial ao afastamento da regra no caso concreto: que esta seja feita dentro de criteriosa análise argumentativa, obedecendo todos os passos ao seu afastamento ou ao controle da constitucionalidade do caso concreto. Exemplos há de uma correta interpretação constitucional, pelo que se passa a apresentar alguns.

A legislação tributária federal estabeleceu programa de pagamento de débitos tributários de forma simplificada a empresas de pequeno porte. Uma das condições para assim ser considerada é que a empresa não importasse produtos estrangeiros. Ocorre que pequena fábrica produtora de sofás acabou por ser excluída do programa por ter importado produto estrangeiro. O produto da importação, todavia, foram 4 pés de sofá, uma única vez. No julgamento do caso, o 2º Conselho de Contribuintes acabou anulando a decisão que excluía a empresa por irrazoável, na medida em que a interpretação deve ser “em consonância com aquilo que, para o senso comum, seria aceito pela lei”.²¹

No julgamento do HC 12.547, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar acabou por afastar a determinação da prisão do devedor em razão das particularidades do caso concreto. O devedor, indivíduo de 60 anos, teve o seu táxi furtado e não teve como restituí-lo ao credor fiduciário. Outrossim, não possuía renda ou bens suficientes para quitar o débito. O relator supramencionado realizou detalhada análise da situação fática, listando as disposições constitucionais incidentes sobre o caso após a subsunção

²¹ Exemplo extraído do livro *Teoria dos Princípios*, de Humberto Ávila, op. cit. p. 38, referente ao processo 13003.000021/99-14, sessão de 18.10.2000, da 2ª Câmara do 2º Conselho de Contribuintes

da norma que determinava a prisão do devedor. Concluiu o relator no sentido de que a decisão que decretou a prisão pela aplicação da norma “fere o princípio da dignidade da pessoa humana, dá validade a uma relação negocial sem nenhuma equivalência”. Adiante, concluiu que “Daí a necessidade da ponderação dos valores em colisão com o caso particular dos autos, o que, penso, deve ser resolvido com a limitação dos direitos do credor, que pouco perde, ou nada perde, porquanto não se lhe nega o direito de cobrar o ilícito, em comparação com a perda que decorreria da execução da ordem de prisão por quatro meses, só por si infamante, agravada pelas condições subumanas de nossos presídios”.²²

Por último, talvez o mais célebre caso seja o do afastamento da regra de presunção de violência no caso do estupro, onde o STF, no julgamento do HC 73.662 – Minas Gerais, quando a vítima era menor de 14 anos, em razão das particularidades do caso concreto. Neste caso específico, porque reconhecido pelos Ministros que a vítima possuía compleição física e mental que poderiam afastar daquelas meninas às quais o legislador buscou uma proteção mais forte, pelo fato de que o autor já estava até mesmo casado, não possuía quaisquer outros registros criminais, e pelo convencimento de que a condenação do paciente seria injusta, foi afastada a regra tão-somente para o caso concreto, como expressamente destacado por alguns Ministros. Conforme o Ministro Marco Aurélio, relator do acórdão “A presunção não é absoluta, cedendo às peculiaridades do caso como são as já apontadas, ou seja, o fato de a vítima aparentar mais idade, levar vida dissoluta, saindo altas horas da noite e mantendo relações sexuais com outros rapazes como reconhecido no depoimento e era de conhecimento público”. Aqui, não houve qualquer alegação de inconstitucionalidade no caso concreto, mas mero afastamento da incidência da regra abstratamente válida em razão do caso concreto constituir exceção²³.

CONCLUSÃO

Conforme o exposto, pode-se concluir que, em razão da crise do método positivo clássico, surge no cenário jurídico uma nova interpretação que agrega à lei os fundamentos constitucionais sobre os quais têm assentado seus critérios de validade. Outrossim, ao processo de interpretação surgiu a necessidade de agregar questões valorativas, uma vez que houve acordo sobre a incapacidade do legislador de prever excepcionalidades nos casos regulados pela norma. Nesse processo, cresce de importância a função regulatória de regras e princípios, aos quais é agregada uma nova forma de interpretação, que tem por finalidade estabelecer critérios seguros, fundados na argumentação, na lógica e na função axiológica das normas.

²² Exemplo extraído do artigo de Ana Paula Barcelos, já citado, p. 113-116, onde é bem melhor detalhado e cuja consulta é sugerida.

²³ Exemplo extraído do artigo de Ana Paula Barcelos, já citado, p. 92-100, onde o julgamento é competentemente relatado de forma didática e bem elaborada. A consulta é sugerida.

Dentro desse novo cenário é possível a ponderação sobre a aplicação de determinadas regras em razão do resultado de sua aplicação ao caso concreto. Outrossim, o controle da validade das normas, através da sua constitucionalidade, também passa a ser realizado após a subsunção da norma ao fato, e não mais apenas no plano abstrato.

Isso tem possibilitado agregar ao processo interpretativo critérios de justiça e equidade. Dentre a infinidade de casos em que podem ser relativizadas regras está inclusa a regra de impenhorabilidade prevista no artigo 649 do CPC. Se tal regra que visa proteger determinados interesses patrimoniais acabar por violar outros dispositivos, a sua própria finalidade ou mesmo critérios de justiça e equidade, poderá ser decretada a inconstitucionalidade de seus efeitos concretos ou mesmo ser afastada a sua aplicação em razão de peculiaridades do caso concreto. A situação das partes, portanto, passa a ser agregada ao processo interpretativo, sendo considerada na incidência da norma e no seu processo de aplicação.

Não é, portanto, absoluta a aplicabilidade do artigo 649 do CPC, ainda que esta seja a regra aplicada à generalidade dos casos e que pacifica sua constitucionalidade em abstrato.

BIBLIOGRAFIA

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARCELOS, Ana Paula. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. O Começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: _____ (org.). *A Nova Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.